

# 憲法における戦争責任・「戦後責任」の法理：憲法試論として

その他（別言語等）のタイトル	Rechtsprinzipien der Kreigsverantwortung und der "Nachkriegsverantwortung" in der Japanischen Verfassungen Legal Principles of War and Post-War Responsibility in the Japanese Constitutional Laws
著者	長 利一
雑誌名	室蘭工業大学紀要
巻	50
ページ	91-100
発行年	2000-11-30
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10258/138">http://hdl.handle.net/10258/138</a>

# 憲法における戦争責任・「戦後責任」の法理—憲法試論として—

長 利一<sup>\*1</sup>

## Rechtsprinzipien der Kriegsverantwortung und der "Nachkriegsverantwortung" in der Japanischen Verfassungen

Tosikazu CHO

(原稿受付日 平成12年4月28日 論文受理日 平成12年8月31日)

### Abstract

Unter der in dem vorliegenden Aufsatz zu behandelnden Kriegsverantwortung soll die sowohl rechtliche als auch politische Verantwortung verstanden werden, die nicht nur aus den generellen Kriegsverbrechen, sondern auch aus den Neuen Kriegsverbrechen, i.e. "crime against peace", "crime against humanity" geführt werden, und die zugleich für die Staatsentschädigung, die Personenkompensationen, die Bestrafung der kriegsverbrecher und die Schuldbekenntnisse von Seiten des Staates grundlegend sind. Diese Verantwortung sollen der Kaiser "der Tenno", die Regierung und das Parlament auf sich nehmen. Die Kriegsschuldsfrage ist, auch als Frage der "Nachkriegsverantwortung" zu prüfen, wie sich mit den Kriegen in Vergangenheit und deren Kriegsverantwortungen nicht nur die Kriegsführerschaft und Kriegsgeneration unter der Meiji-Verfassung, sondern auch die Nachkriegsgenerationen, unter der jetzigen japanischen Verfassung konfrontieren sollen. Der vorliegende Aufsatz ist ein Versuch, durch die Rechtsprinzipien der beiden, älteren und neueren Verfassungen eine Rechts- und Verfassungslehre zu bilden, die der Kriegsverantwortung und der "Nachkriegsverantwortung" rechtliche Grundlagen geben soll.

Keywords: Kriegsverantwortung, Nachkriegsverantwortung, Kriegsverbrechen, Verfassungsrechtsprinzipien

### 1. はじめに

この国で80年代末から90年代にかけてナショナリスティックな心理が新たな思想的表現の形を取り始めた。歴史修正主義 (Revisionismus) 論争<sup>(1)</sup>がそれである。これは当の歴史学よりも歴史教育、哲学、思想、文芸評論の領域において活発な動きを見せているのが特徴である<sup>(2)</sup>。他方では、冷戦崩壊後、重しがとれたように強制連行や「従軍慰安婦」問題などの戦後補償裁判<sup>(3)</sup>が陸續として提起されてもいる。新旧ナショナリズムの活発な動きは、この過去の侵略戦争と、その過程における数々の戦争犯罪を国内の司法の場で裁こうとする、遅れてやってきた文字通りのジャッジ

メント (judgement)<sup>(4)</sup>の試みと無関係ではあるまい。おまけに99年にはこのナショナリスティックな流れは日の丸・君が代の法制化という政治的表現をとるようになった。本稿執筆の動機 (motivation) は、この国におけるナショナリズムをめぐる、とりわけ戦争責任をめぐる攻防を視野に入れつつ、この問題についての、アジアの戦争犯罪被害者から日本人への問いかけに応答しようというところに根ざすものである。

本稿で取り扱う戦争責任とは、通常の戦争犯罪のみならず、国際裁判で新設された戦争犯罪（「平和に対する罪」「人道に対する罪」）によって生ずる法的責任乃至政治的責任を言い、それは国家賠償、個人補償、戦争犯罪人の処罰、謝罪そして企業責任等の根拠づけとなるものである。このような戦争責任問題は、明治憲法下での戦争当事者の

\*1 共通講座

戦争責任だけでなく、日本国憲法下での戦後世代、いわゆる「戦争を知らない世代」が過去の侵略戦争と戦争責任にどう向き合うのかという「戦後責任」としても検討されなくてはならない。また、本稿はこうした戦争責任・「戦後責任」を、明治憲法と日本国憲法、新旧両憲法の基本原理によって基礎付けようとする法理論、憲法理論の試みでもある。

## 2. 新「押し付け憲法」論と「戦後憲法学」 ——戦争責任をめぐる

### 2. 1 ネオ・ナショナリズム？

文芸評論家の加藤典洋はその論考の中で日本国憲法の成立起源について次のように述べている。<sup>(5)</sup> 以下はその要約である。米占領軍の「軍事的威力」を背景に GHQ によって押し付けられた日本国憲法は、日本国民が自主的に制定したものでないから、「わたし達によって作られたものでないのと同時に、わたし達でない作者に、作られていた」(傍点原文のまま) 外来憲法である。ここに戦後日本の「ねじれ」「歪み」があり、かつ改憲派(保守派)と護憲派(革新派)の「人格分裂」の根元がある。それ故、憲法が「有名無実であり、一度としてまともに一国規模で考えられたことがなかったのは、その起源からいって当然のこと」で、これを一度国民投票の形で「火にかける」(「選び直し」)の戦後最後の時期にきている。「憲法がわたし達の手で選ばれていることが、その内容に優先する。」また憲法には、ダブル・バインドの概念が埋め込まれているともいう。すなわち、母親が子どもに、これからは自分で判断しなさいというような場合、母親のいいつけ——自主判断を実行するということは、母親のいいつけにそむくと同時に服従することでもある「二重拘束のディレンマの状況」にあるという。これと同じ状況は殊に憲法の平和条項に妥当する。「よりもよって、この憲法を尊重することは軍事的威力(米占領軍の「軍事的威力」のことと思われる一筆者)の産物を尊重することでもあるため、憲法を手がかりに平和について考えることだけがわたし達から奪われている」というのである。

右のような加藤典洋の「押し付け憲法」論がこれまでのそれとどこが異なり、どう新しいかはさしあたり措くとして、ここで本稿の課題である戦争責任論にひきつけて加藤の主張に注意を傾けると、制憲過程において立法者意思の自主性が欠如している現憲法のもとでは(この自主性の欠如は今日に至るも基本的に治癒されていないと考えられている)、自主的な戦争責任の決着についても困難とみなされているのではないか、ということである。すなわち、加藤によると、「押し付け憲法」によって戦後に改憲派と護憲派の「人格分裂」が生じた

ために、謝罪と妄言の悪循環を断ちきれず、戦争責任の現実的な履行の不能状態を惹起せしめたという。戦後世代である論者のこのような「押し付け憲法」の新しい論じ方(これをネオ・ナショナリズムの言説とみなすかどうかそれ自体がポレミッシュな問題に属する)を、憲法学がどのように受けとめるかは憲法「改正」と戦争責任問題という「二つの戦後」(第二次世界大戦後と冷戦後)にまたがる憲法問題の最難関のテストに関わるだけに、日本国憲法のレーゾン・デートルの根もとを問うような憲法上の基本課題ではないかと思われる。本稿は後者の課題を取り扱うものであるが、これとの関わりで、主要な「戦後憲法学」が日本国憲法(そしてその平和条項)の制憲過程、もしくはこれと改憲論との連関についてどう理解してきたかと予め一瞥しておく。

### 2. 2 「戦後憲法学」

#### 2. 2. 1 芦部憲法学の憲法制定権力理論<sup>(6)</sup>

日本国憲法が「押し付け憲法」であること、換言すると憲法制定の自主性(constitutional autonomy)への疑問が論者のいうように「みんな知っている」<sup>(7)</sup>というほど自明のものであるかどうか、芦部憲法学を浚ってみよう。

芦部によると、対連合国との関係では、ポツダム宣言の法的性格につき、ポ宣言は無条件降伏(敗戦国の戦勝国に対する一方的屈服)の文書であるより「一種の条約的性格」(国際法上の権利義務関係の設定により当事者双方を拘束する)を有していた——少なくとも米国側はそのような立場を取っていた——と解する。だとすると、日本の内政自己決定(internal self-determination)権はポ宣言受諾によりもともと制約を受けていたことになる。ポ宣言を自己の意思で受諾した以上、ポ宣言の諸条項を遵守すべき日本側の法的義務と同時に連合国側の権利も承認したことになる。それ故、憲法制定に対する連合国最高司令官の指示は、「国民ノ自由ニ表明スル意思」による決定と必ずしも矛盾するものではない。また国内的には、一般に憲法制定は外国の支配・圧力から自由であるわけではなく、殊に現代の憲法の国際化の中では制憲過程でのそうした影響が避けられないとした上で、確かに「占領という異常な環境の中で… 国民の憲法制定権力の発動による民定憲法とみなすことを困難にしている… それにもかかわらず、総合して考えれば、憲法制定過程に現われた事実(マッカーサーを中心とする GHQ の関与を指すものと思われる一筆者)と日本国民による憲法の確定という憲法前文との間には本質的な矛盾はない」(傍点原文のまま)とされる。その理由として芦部は、国民意識のなかにポ宣言の趣旨に沿った民間憲法草案が存在したこと、また、GHQ の政治的拘束の下ではあるが、法的には戦後、普通選挙

の下で選ばれた議会により憲法草案が完全に自由審議されたことなどを挙げ、憲法の自立性は存在したと結論付けるのである。

## 2. 2. 2 深瀬憲法学<sup>(8)</sup>

憲法の平和条項を中心に立法者意思の自立性の存否を検討する深瀬によると、戦争犯罪人として天皇処罰や天皇制廃止を要求する極東委員会内のソ連・豪などの強い意向にもかかわらず、米国は、天皇制を含む日本政府機構を利用する間接統治を採用する対日占領政策を決定した。このような政治的与件と、当時の日本政府の天皇制存続の至上命題との妥協の上に象徴天皇制と「抱き合わせ」の戦争放棄規定が成ったという。その際、1946年2月3日の所謂マッカーサー・ノート手交に先立つ、同年1月24日のマッカーサー・幣原会談と、そこでなされた幣原の天皇制擁護と戦争放棄提案が重視される。また、当時の国民の厭戦乃至反戦感情から憲法草案の戦争放棄条項に賛意を表明する大多数の国民世論の存在したことにも注意が払われている。ただ、当時のそうした国民感情は「混沌として受動的なもの」で「突き詰められ『論理』化された意識や判断に達していなかった」ので幣原提案がこれを論理化したものであるとする（幣原発案説）。これらの事情に鑑み、深瀬によると、憲法の平和条項は、マッカーサーの専断とばかりいえず、幣原の提言と、その背後にある日本「国民の意思」に基き、連合国の意思、米政府の指示の枠内で成立したものと結論づけられるという。それ故、『マッカーサー憲法』の一元制制定説はあまりにも単純で一面的な俗説であると批判される。

## 2. 2. 3 渡辺治『日本国憲法「改正」史』<sup>(9)</sup>

渡辺の上の著作を「戦後憲法学」の枠内に押し込めるのが妥当かどうかちゅう躇を感じる。それというのも、渡辺は、憲法の「押しつけ」と改憲論の連関について前二者と全く異なる独自の論理構成と問題関心を示しているからである。先ず、渡辺は、改憲志向は押しつけを主たる要因としていたか、「そんなに自主独立の気概に満ち満ちていたか」（同書33頁）と問い、事実上は占領終結後の吉田内閣を見ても改憲政策はなく（同政策は鳩山内閣になってから初めて見られる）、むしろ憲法を支配体制の枠組みのなかに組み込もうというものであった。したがって、「改憲政策と制憲過程をリンクさせて考えるのは必ずしも正しくない」といい、改憲政策の根拠は、制憲過程にではなく、それ以降（鳩山内閣以降）の政治的社会的過程のなかに求められなければならないとする。

## 2. 3 「押しつけ憲法」と戦争責任

制憲過程の中でどの要因を重視するかという視

点から見ると、2. 1は、憲法制定にとり「軍事的威力」を決定的な要因と見、制憲プロセスのなかからこれのみを取り出し、「押しつけ」だという結論を引き出すように見える。これに対し2. 2. 1と2. 2. 2は、敗戦と占領という「異常な環境」や「特異性」を視野に入れつつ、「それにもかかわらず」当時の国民意識や感情、日本政府の動向、とりわけ幣原首相の決断などを考慮に入れた総合的な判断を提示する（さしあたり「総合説」としておく）。2. 2. 2は憲法の平和条項を、制憲当時の政治的事情のみならず、制憲以前の戦争違法化の国際法の発展や国の内外の平和思想の歴史的結晶化と見、同時にヒロシマ・ナガサキの被爆という当時の最も直接的な内在的契機の規範論理化と位置づけるのである。2. 2. 1によると、制憲過程のみならず、制憲後、殊に占領終結後の「国民の憲法」としての憲法の定着過程も重視されている。2. 1は制憲過程のみに着目するため、改憲を争点に挙げた55年総選挙で改憲派が憲法改正に必要な3分の2の議席を獲得できなかった事実を無視しているように見える。これによって国民は憲法を「選び直し」たのであり、その意味で——すぐ後に述べる——憲法に対する国民の「黙示の合意」というより「明示の合意」を示したといつてよい。

また、2. 2. 1が、ポ宣言受諾時に天皇主権から国民主権への転換により明治憲法との断絶が生じたとする宮沢俊義の8月革命説に立ちつつ、力の法への転化（「事実の規範力」の承認）と国民の規範意識（「国民多数の黙示の合意」）の存在のみならず、憲法秩序成立の実質的要件として、憲法の内容価値（自由的法治国家と社会法治国家）の正当性（Legalität）を挙げているのは注目される<sup>(10)</sup>。これは、2. 1のいう「憲法がわたし達の手で選ばれていることが、その内容に優先する」という主張と際立った対照を見せている。

もっとも、憲法の平和条項の制憲過程について、2. 2. 2のいうような国民の厭戦感情を補完的に論理化した幣原提案にかかる天皇制擁護と平和条項の「抱き合わせ」では、戦争責任を視野に入れた国民主権論に基く改憲論に対して有効な対処が難しい。戦争に対する国民の被害者意識からくる厭戦感情の消極性は制憲時の戦争責任意識の消極性と重なり合っており、それ故補完が必要なのはむしろ制憲後の戦争責任の積極的な規範論理化の方であろう。制憲時の象徴天皇制と平和条項の「抱き合わせ」よりも、制憲後の国民主権とこれに基づく天皇・政府の戦争責任決済とが結び合わさった、平和主義をはじめとする憲法体系の全体を貫通する法理の積極的な構築こそが求められている。

以上、念のために総括すると、2. 1は憲法の「押しつけ」に由来する改憲と護憲の「人格分裂」

を治癒するには国民の自主的改憲（憲法の「選び直し」）を必要とするという。2. 2. 1と2. 2. 2は制憲時の特殊事情を考慮しつつも、総合説に立って憲法の自立性を検証しようとする。2. 2. 3は改憲問題の視点から見て、「押しつけ」→改憲の理論枠組それ自体を疑うので、制憲過程（「押し付け」かどうか）の解明よりも、制憲後の政治的社会的の方が改憲の主たる要因と解する。一方で2. 1の説く「押しつけ」の自明性には疑問があるけれど、事実を法たらしめる国民の規範意識にはなお消極的なものがあり、殊に制憲時における立法者の戦争責任意識の消極性を指摘せざるを得ない。他方で制憲過程よりもむしろ制憲後の国民への憲法の定着過程に着目した場合、「押しつけ」と「改憲」の論理的連関を否認する2. 2. 3の見方からすると、「押しつけ」だからではなく国民への憲法定着をおそれたからこそ、このときにはじめて改憲派の改憲志向が生じたことになる。もしそうだとするならば、戦争責任決済の課題も、制憲後に国民に定着しはじめたところの日本国憲法の規範的要請（国民主権、人権保障によって担われるところの平和条項）に基づいて解決されるべき「戦後責任」の課題として、「改憲」によってではなく「護憲」によってはじめて果され得るのではなかろうか。

### 3. 東京裁判

#### 3. 1 東京裁判の意義

「(略) われらの俘虜を虐待せる者を含む一切の戦争犯罪人に対しては、嚴重なる処罰を加えらるべし」と規定するポツダム宣言第10項に基づいて東京に極東国際軍事裁判所が設置された（1946年1月19日のマッカーサーの命令に基づいて同裁判所が設置されたのが四六年五月、判決の言渡しは48年11月）。同裁判所条例（charter）七条には、通例の戦争犯罪のほかに「平和に対する罪（crimes against peace）」、「人道に対する罪（crimes against humanity）」などの国際法上画期的と評される戦争犯罪類型が設けられた。

19世紀を通じて第一次世界大戦までには戦争中に捕虜虐待などの戦争犯罪を自国内の軍事裁判で罰することはあっても、戦後になって新たに国際軍事裁判所を設けて、国家の組織機関の構成員たる個人を戦争犯罪人として裁くという方式は、ニュルンベルクの国際軍事裁判とともに「史上初めて」の試みといわれる<sup>(11)</sup>。ニュルンベルクと東京では、国際軍事裁判所条例に明文化されたこれらの戦争犯罪の刑事責任が敗戦国の戦争指導者に問われた。このように戦勝国による、敗戦国たる敵国に対する過酷な軍事的、政治的征服や復讐というのではなく、裁判手続きを通じた法的正義の準則に基づく敗戦国の戦争犯罪人の処遇は、歴

史的にも、国際法上も画期的な意義が認められてよい。

他方、国内的には、戦時中、国民は治安維持法等の言論統制諸法により事実を知り得る状態になかったことから、東京裁判の審理が進むなかで、始めて戦争犯罪の実態が明るみに出され国民多数の知るところとなった。この意義も評価されるべきであろう。

#### 3. 2 裁判の争点と課題

##### 3. 2. 1 罪刑法定主義と、そのコロラリーとしての刑罰不遡及原則

行為時の法律で犯罪とされなかった行為は、その行為を理由に事後の立法により遡って処罰されてはならない。これは罪刑法定主義の法理・「法律無ければ犯罪無く、法律無ければ刑罰無し」と、そのコロラリーとしての事後立法（に基づく遡及効の）禁止原則から要請される。日独両国の行為は「勝者の法廷」によって罪刑法定主義に反して裁かれたという異議がある。予め犯罪として処罰されることを知らなかった行為に対する、事後の立法に基づく帰責には——したがって、犯意の存在についても疑問があるという。これに対し、「条例の作成は、ドイツ帝国を無条件降伏させた諸国による主権的な立法権の行使であった。戦勝国の側の恣意的な権力行使ではなく、それはその作成時における国際法の表現」であったとした上で、「彼らはみずから行っていることを知っていた。」行為がみずから署名した国際法に違反し違法行為であることを知っていたと反論される<sup>(12)</sup>。

しかしこの問題は「平和に対する罪」と「人道に対する罪」と同断に論ずることはできず、両者を分けて考える必要がある。「平和に対する罪」は、1928年の不戦条約を画期として、無差別戦争観から戦争の違法化への国際法の発展のなかで、第一次と第二次の両大戦間期にすでに国際慣習として成立していたという国際法学の主張は十分に承認し得る。満州「事変」後の日本は、リットン報告書採択した連盟総会決議——侵略認定決議にもかかわらず、連盟を脱退した上、中国での軍事行動を拡大し続けた。確かに、不戦条約には罰則が備わってはいなかったけれど、少なくとも条約違反の違法な戦争であることを、連盟決議から知り得た筈である<sup>(13)</sup>。

一方、「人道に対する罪」については、これとはいささか趣を異にする。通例の戦争犯罪に該するという認識があっても、行為時に「人道に対する罪」がすでに存在し、これを犯すという認識があったかどうか検討を要する。ラートブルフによると<sup>(14)</sup>、もともと自然法とか理性法といった「超法律的な法が行為の時にすでに妥当していたのであるから」、これに反する違法行為を命ずるところの法は不法であり、「不法な法は法ではない」ことに

なる（自然法再生論）。したがってそこには法の遡及はないと説かれる。これに対し、ハンナ・アーレントによると<sup>(15)</sup>、「過去のすべて残虐行為とは性格を異にするアウシュヴィッツ」は「先例のない罪」であり、「人道に対する罪のみが新しい前例のないもの」であるという。罪刑法定主義は、立法者にすでに知られている行為に適用されるものでなければ意味がなく、「ジェノサイドのようなそれまで知られていなかった罪が突然出現したときは、正義そのものが新しい法律による裁きを要求する。」アーレントの主張は、「人類の敵（*hostis generis humani*）」であるような、前例のない、予め知られていなかった犯罪に限り、形式的に罪刑法定主義に反してもよい、遡及立法を承認してもよいというものである。

### 3. 2. 2 未解明の「人道に対する罪」

右のようにニュルンベルク裁判条例で設けられた「人道に対する罪」はナチス・ドイツによるユダヤ人のボグロムを念頭に置いた犯罪類型である事は明白とされ、それ故法の適用が罪刑法定主義に反するかどうか争いが生じた。しかし、東京裁判ではこれを争う依然に「人道に対する罪」そのものがどのような内容の犯罪であるのか具体的に裁判の場で明らかにされることがなかった。極東軍事裁判所条例第5条（c）は次のように規定する。

「犯行地の国内法違反たると否とを問わず、本裁判所管轄地に属する犯罪の遂行として又はこれに関連して為されたる、戦前又は戦時中に行われた殺戮・殲滅・奴隷的虐使・追放其の他の非人道的行為、若は政治的又は人道的理由に基く迫害行為」

しかし、東京裁判の判決では、1937年の南京での虐殺事件を含めて、捕虜、一般住民の殺害、拷問その他の非人間的取り扱いなど多くの事例は「人道に対する罪」というカテゴリーの下ではなく、極東条例第5条（b）の「通例の戦争犯罪」（1907年ハーグ陸戦規則など）が適用された。そもそも検察の起訴状においても「通例の戦争犯罪及び人道に対する罪」とあり、「人道に対する罪」が独立の訴因として提起しておらず、「追求、審判されなかったといっても過言ではない。」<sup>(16)</sup>例えば、朝鮮人、中国人の強制連行・強制労働事件<sup>(17)</sup>については、東京裁判では、花岡事件に関連して証人喚問が行われたにすぎず、横浜軍事裁判所（B級戦犯裁判）でも現場責任者が有罪判決を受けただけで、企業幹部や政府は責任を問われることがなかった。（「アジア不在の裁判」）。裁判で事件の徹底した調査、審理が行われなかったため、こうした強制連行・労働が「人道に対する罪」（とりわけ明文規定中の「奴隷的虐使」）に該当するかどうか、また「通例の戦争犯罪」（捕虜虐待、一般住

民殺害など）とどのように異なるのか十分に明らかにされないまま、事件糾明の課題は戦後補償裁判に引き継がれることとなった。この点、「人道に対する罪」が刑法の規定として継承され、戦後ドイツの国内裁判所でこれを適用した非ナチ化裁判（将官、親衛隊、財界、官僚、医師、裁判官などあらゆる分野に及んだ）とは対照的である。

## 4. 日本国憲法の下での戦争責任・「戦後責任」の課題

### 4. 1 戦争責任と「戦後責任」

憲法の下での「戦争責任」という言葉を用いる場合、次のような含意である。第一に、明治憲法の下で成立し得、または成立し得なかった戦前、戦中世代（1945年8月15日までに成年に達していた人）の戦争犯罪の法的政治的責任と、戦後になって日本国憲法の下で同じ世代の国民がこれを問い且つこれを決済しようとする場合をいう。第二に、そのような意味での戦争責任を戦後世代の国民（45年8月15日以後に成人に達したか、戦後生まれの人——「戦争を知らない世代」をも含めて）が問う場合をいう。この場合、戦争責任とは区別して「戦後責任」という言葉を使っておく。のみならず、第三に、第一と第二の意味での戦争責任が、戦争が終わって相当経年した戦後社会になっても国民の間になお十分に自覚されないまま解決の努力を懈怠してきた責任を含みこむものとして「戦後責任」という言葉が用いられることがある（戦後ドイツにおける「第二の罪」がこれに該る<sup>(18)</sup>。日本での「戦後責任」論の登場は70年代後半以降といわれる）<sup>(19)</sup>。

### 4. 2 罪刑法定主義——事後立法による遡及効の禁止原則の適用可否

前述したように、国際軍事裁判での戦争犯罪への国際法の適用に際し、罪刑法定主義の立場から争われた同じ疑問がここでも妥当するか。すなわち、明治憲法の下で成立し得なかった戦争犯罪の責任を戦後になって日本国憲法の下で問うという場合、過去に国内法上有責でなかった行為を事後の立法で、行為時に遡って有責となし得るかどうかという困難な問題がある。想定されるケースを分けて考えてみよう。先ず、旧法（明治憲法）の下で戦争犯罪が成立し得なかったケース（a）、次に旧法の下で戦争犯罪が成立し得たケース（b）。

（a）のケースにつき、新法（日本国憲法）の下であらためて責任を問わない場合（a'）と、問う場合（a''）。（b）のケースにつき、新法の下で責任を問わない場合（b'）、新法の下で責任を加重する場合（b''）。（b'）はちょっと考えにくい。事後立法禁止原則上問題となるのは（a''）（b''）である。ただここで注意を要するのは、憲法（および

憲法以下の法律体系)の下で問われるべき戦争犯罪の責任の種類には刑事責任に限らず、法的責任であっても民事法上の責任もあり、刑事罰や民事賠償を伴わない政治的責任もあり得る。(a")

(b")のケースで、罪刑法定主義の適用可否が争われるのは、個人に刑事罰が科される場合である。ただこの場合でも、ニュルンベルク裁判での国際法の適用に際し説かれた法理の国内法への妥当性を承認し得る。すなわち、これには、ラートブルフのようにもともと自然法の基礎づけの下での犯罪成立を前提に法の遡及を否定するか、H・アーレントのように遡及効にもかかわらず「人道に対する罪」に限り正義の要請によってこれを正当化するか、といった理論構成に違いがあるにせよ、このような法理論の国内法への適用は基本的に承認し得るのではないか。(もっとも、「戦後責任」を問う場面で、現在までのところ日本では戦争犯罪人の個人の刑事責任を問う裁判は殆ど問題になり得ていないので、裁判上の実益はまた別問題である)。個人に対する刑事罰でさえそうであるなら、まして事後立法に基づく遡及効禁止原則の趣旨は、より一般的に刑事法に限らず民事諸法や憲法にも及ぼし得るか。刑罰のように、国家権力によって個人に対し生命身体への強制や暴力を伴う強いサンクションが加えられるのと事情を異にする民事責任や憲法上の政治責任については罪刑法定主義の適用はないというべきである。実際、現在係争中の戦後補償裁判で問われているのは国や企業法人といった——個人ではなく——団体の民事責任であり、国家機関や国民といった集団単位で帰責の主体となっていることから(殊に政治権力を用いる為政者は自己の政治行動の結果に責任を負わねばならない——結果責任)、もともと事後立法禁止原則は問題にならない(もっとも政治責任一般ではなく、憲法に基づいて要請される政治責任が問題となるとき、問責の根拠となる事由が予め明文により法定されなくてはならないという法の一般原則はどの程度に満たされるべきであろうか)。

#### 4. 3 「謝罪と償い」の形——「誰の誰に対し、どのようにして」

右のように旧明治憲法の下で成立し得、又は成立し得なかった戦争犯罪(殊に「人道に対する罪」)の責任(刑事責任を含む)を戦後の日本国憲法の下であらためて問い得るとするならば、その問責手続きはおおよそ以下のような形を取ることになる。

##### 4. 3. 1 政治的手続き

天皇・政府の戦争犯罪の政治責任を問う国民自身の主権的意思の表示(例えば国政選挙、地方選挙を通じて)があった場合、日本国憲法の国民主権と平和主義原則に基づき、政府は天皇の戦争責任と併せて、自身のそれについても謝罪声明と償いを行うことが要請される。この場合、政治責任

という事柄の性質上、必ずしも裁判手続きに適しない。

##### 4. 3. 2 司法的手続き

(a) 戦争犯罪により被害を受けた国の住民個人の、加害国たる日本政府、及び企業法人を相手取った民事法上の損害賠償裁判(事件により刑事責任も問題になり得る)。

(b) 旧被植民地国——現北朝鮮、大韓民国の住民個人(かつて日本国籍を有していた者)で、日本国政府及び企業法人の戦争犯罪により被害を受けた者の、同政府、企業を相手どった民事法上の損害賠償裁判(事件により刑事裁判)。

(c) (b)と同様の戦争犯罪の被害者個人で、在日韓国朝鮮人の民事法上の損害賠償裁判(事件により刑事裁判)及び戦後補償裁判。

90年代に入って陸續と提起されている「戦後補償裁判」は主に(a)(b)の場合である(現在までのところ、50余りの提訴がある)。

(d) 自国の戦争犯罪に関連して肉体的精神的経済的被害を受けた日本国民たる個人の民事法上の損害賠償、並びに戦後補償裁判。同様に自国の戦争犯罪に関連して政治的、宗教的、民族的迫害を受けた日本国民たる犠牲者個人の民事上の損害賠償裁判(事件により刑事裁判)。因みに、極東条例5条(c)ではニュルンベルク条例のような、(自国民、外国人を問わない)「すべての一般住民に対する」の文言が欠落しているため、自国民に対する迫害行為の責任追及は東京裁判の管轄外であった<sup>(20-a)</sup>。同様に宗教的迫害の文言も欠落していることが指摘される。これらも「戦後責任」の課題に属する<sup>(20-b)</sup>。

#### 5. 天皇の戦争責任

以下の行論で天皇の戦争責任という言葉は、国際法上、国内法上裁判手続きで確定され得る戦争犯罪の法的責任のみならず、必ずしも法的制裁が加えられるとは限らない政治責任を含めて(むしろこれを主とする)用いられている。

##### 5. 1 国際法上の天皇の戦争責任

東京裁判では、ニュルンベルク裁判にくらべ、戦争犯罪容疑者の不起訴が多いのが特徴であるという。その筆頭に天皇が挙げられる。同裁判の過程で、天皇の国際法上の戦争責任については、GHQが対日占領政策(間接統治)を実施する上で、天皇制の存置を政治的に配慮したことから天皇の不起訴方針を固めたため、裁判で審理されることがなかった。ただし、天皇が無罪か有罪・有責かを法的に確定するのは司法手続きであるから、それが行われなかったところで無罪とも有罪とも決った訳ではない。事実上GHQの政策的配慮によ



り起訴されなかったというにすぎない。ここでは、  
 联合国中心というより——冷戦に規定された——  
 米国中心の裁判運営の偏りを見せている。このこ  
 とによって、この問題は、時と場を移して、国際  
 裁判から国内の法廷もしくは政治の場へと、天皇、  
 政府、国民の「戦後責任」の中心課題として引き  
 継がれたと考えられる。もっとも、仮りに東京裁  
 判で天皇が起訴されたとして、そのことで国民自  
 ら戦争責任の総体を決済しなければならないとい  
 う課題が解消するような性質のものでもない。

## 5. 2 明治憲法下の天皇の戦争責任

明治憲法の基本原理たる天皇主権は、「万世一  
 系ノ天皇」（同憲法第1条）、天皇の不可侵（同第  
 3条）、統治権の総覧者（同第3条）などの規定に  
 謳われている。天皇の戦争責任の有無の確定も、  
 こうした憲法の基本原理に基づいて構成されなく  
 てはならない。天皇主権に関する明治憲法の解釈  
 について、学説は神権主義的解釈と立憲主義的解  
 釈とが対立した。天皇は神聖不可侵であることか  
 ら、その統治権の総覧者としての行動についても  
 法的、政治的責任を一切負わないとする君主無答  
 責の法理（king can do no wrong）が導かれる。こ  
 の点では両説とも基本的に異なるわけではないけ  
 れど、後者の解釈によると、天皇が統治権を総覧  
 する際、「此ノ憲法ノ条規ニ依」（同第4条後段）  
 るべきことを厳格に解することで、天皇の行動を  
 原則的に国務大臣の輔弼・副署（同第55条）にか  
 からせ、（明治憲法上内閣制度の明文規定はない）  
 行政府の対議会責任を承認しようとする。これに  
 対し、前者の解釈はこれを一切認めない立場をと  
 る。もっとも、立憲的解釈にあっても、憲法第4  
 条後段、第55条にもかかわらず、天皇が「国務  
 大臣の進言を嘉納せらるや否やは聖断に存する」  
 とし天皇の最終的な裁断を尊重するし、また、天  
 皇の統帥権（同第11条）については、立憲主義  
 政治の例外として、国務大臣の輔弼事項とせず、  
 行政府、議会の関与を受けることのない独立性を  
 承認する（統帥権の独立）。外見的立憲主義  
 （Sheinkonstitutionalismus）と評される所以で  
 ある。

上のような両解釈の立場の違いから、天皇の戦  
 争責任につき結論の違いが生じ得るか否か——殊  
 に立憲的解釈によると、天皇の戦争責任を導き得  
 るか。天皇の行動（統治権行使）一般については  
 輔弼・副署を通じて行政府の対議会責任を認める  
 ことで、立憲主義に忠実であろうとする立憲的解  
 釈にあっても、軍令の根幹たる天皇の統帥権に関  
 しては立憲主義の例外を承認する以上、国際法上  
 はともかく、明治憲法・国内法体系の下では天皇  
 の戦争責任を問責するには限界があるとせざるを  
 得ないのではなかろうか<sup>(21)</sup>。もっとも、そのこ  
 から直ちに道義的責任までも問い得ないというこ

とにはならないし、また、後述するように、日本  
 国憲法の下での問責をも否認する訳のものではな  
 い。

なお、天皇の民刑事法上の罪責につき、司法手  
 続、判決を執行すべき国家機関の不備もさること  
 ながら、天皇が戦争犯罪の現場の行為者——直接  
 の命令権者たる軍司令官を含む実行犯——でない  
 ことから、法的責任（故意・過失）の挙証困難が  
 予想されるが、証拠文書等の歴史研究の進展に俟  
 つほかない。ちなみに、天皇の戦争責任の挙証困  
 難を緩和するため、民法上の使用者責任のアナロ  
 ジーを用いる議論がある<sup>(22)</sup>。しかし、世襲制と  
 いう血統（Blood）の事実に基づく——意思の自由  
 に基づかない——天皇制の組織・行動原理（万世  
 一系、神聖不可侵、君主無答責）を、近代市民法  
 の契約原則に基づく企業法人の組織・活動原理及  
 び、これの現代法的修正たる使用者責任の法理で  
 説明しようとするのは些か無理がある。蓋し、明  
 治憲法の shein たる所以は、そこに万世一系の、  
 神聖不可侵の天皇制が埋めこまれているところ  
 にあるからである。（もっとも、日本国憲法を前提に  
 するならば、この指摘の妥当性如何はまた別問題  
 である）。

## 5. 3 日本国憲法の下での天皇の戦争責任

国際法上の戦争犯罪のうち、東京裁判ではニュ  
 ルンベルク裁判と同様、「平和に対する罪」、通例  
 の戦争犯罪の刑事責任については罪刑法定主義の  
 援用が困難なこと、他方、「人道に対する罪」のそ  
 れに付いては、ニュルンベルク裁判と異なり、独  
 立の訴因として審理されることなく終わったこと  
 から、そもそも罪刑法定主義の適用問題そのもの  
 が議論にならなかったこと、その上、天皇自身が  
 不起訴・免責されたことは前述した。そこで、国  
 内法——日本国憲法の下での天皇の戦争責任の問  
 責の可否を検討してみよう。天皇の戦争責任のう  
 ち、司法手続を経て刑罰のサンクションが科され  
 る刑事責任については格別、その政治責任につい  
 ては、ことの性質上、罪責が予め法定されることが  
 厳格に要請される法的責任と異なり結果責任で  
 足りるから、戦後の日本国憲法の基本原理の下で  
 合法化せられた政治過程を経てあらためて問責す  
 ることは積極的に承認される。ここではそもそも  
 罪刑法定主義の適用を論ずる余地がない。

このように、日本国憲法の下で、政治責任とし  
 ての天皇の戦争責任を問責することが可能ならば、  
 次に問責の方法と天皇自身による戦争責任のとり  
 方（この両者は密接な関係にある）が問題になる。

### 5. 3. 1 問責の方法

政治責任としての戦争責任を問題とする以上、  
 その問責の方法は司法過程によるよりも政治過  
 程による方が適格的である。同時に、この政治過



程は天皇の戦争責任に関する憲法原理による法的構成への要請から基礎づけられなくてはならない。周知のように、日本国憲法の規定する象徴天皇制の下では、天皇は国政に関与す機能を一切認められてはおらず、憲法の明示する国事行為に限って、内閣の助言と承認の下でのみ許されるにすぎない（同憲法第3条、第7条）。したがって、もし政治的に可能だとして天皇自身に戦争責任の謝罪表明をやらせるという方法の憲法判断は——これは裕仁の死去により現実には問題になり得ないが、明仁については、理論上は問題になり得る——、それが憲法の許容する国事行為の範囲内に該当するか否かに依存する。そのような天皇の行為は、仮に内閣の助言と承認の下で行われるにしても、政府の外交政策等の国政と緊密に結びついた形にならざるを得ないが故に、また、内閣による天皇の政治的利用のおそれなしとしないが故に、憲法の禁止する天皇の国政関与——其れは同時に国事行為の範囲外——該るのではあるまいか。凡そ儀礼的、形式的行為とはいいい難い、このような特に著しい政治性に着目するならば、かかる天皇の行為を所謂「公的行為—象徴行為」のカテゴリーに含め得る——筆者はこの説を支持しないが——かどうか疑問である。ではどうするか。憲法原理の要請するところから、「国民の総意」に基づくべき象徴天皇制は国民主権原理に優位することは許されず、同原理との調和の下でのみ存立し得る——天皇制と国民主権は原理的に矛盾緊張関係にあるが、憲法は両原理の調和を要請しているという規範認識を前提に。そうであるならば、憲法の国民主権原理に基づき、国民の主権者意思を代表して表明し得る国会（住民意思を代表する地方議会）の侵略戦争謝罪決議、及びその国会に連帯して政治責任を負う内閣の同謝罪声明（地方自治体の首長）のなかで併せて天皇の戦争責任を明記することが要請されよう。この国民主権の原理的要請は、同時にそれが国民、天皇、政府の戦争責任・戦後責任にかかわる限り、日本国憲法の平和主義の精神にも合致すると考えられる。

### 5. 3. 2 天皇自身による戦争責任のとり方

戦後の日本国憲法の下で天皇の戦争責任のとり方として、皇室典範（第四条天皇が崩じたときは、皇嗣が、直ちに即位する）を改正した上での、天皇自身の決断による生前退位説が論議されたことがある。果して、そのような政治的に重大な意義を持つところの天皇の専決ともいえるべき行動が、右に見た国会決議や政府声明もなしに憲法上可能なのだろうか。この問題も本人の死去によりもはや現実問題になり得ないが、天皇の象徴性の法的性格に関する憲法理論の上でなお異議なしとしないであろう。

宣言規定説によると<sup>(23)</sup>、日本国憲法の象徴天皇

制は、天皇が旧憲法時代にもともともっていた役割のうち、「神聖不可侵」・「統治権の総覧者」などの部分を廃止し、国の象徴たる役割（「国民の憧れの中心」——金森徳次郎）だけを残しこれを宣言したものと説かれる。新旧両憲法にわたる天皇の象徴機能の連続性を重視する。したがって、国事行為の解釈論の領域では、一定の歯止めをかけつつも「公的行為——象徴行為」の承認と結びつく。しかし「象徴行為」に対する規範的統制に必ずしも成功していない現状に鑑み、憲法規範で覆い尽くされない事実行為——倫理的、情緒的——非法的、非憲法的天皇制——を容認することは、国民主権とのバランス確保をますます難しくすることになる。このことは天皇の戦争責任問題の場面では、国民主権に限らず、平和主義・人権保障などの現憲法の基本原理との矛盾・乖離にまで及ぶ。固より、この説の趣旨から推して、「国の象徴」「国民統合の象徴」（「国民の憧れの中心」）たる天皇の役割のなかに、国際法上違法とされる侵略戦争の刑事責任、政治責任を担うべき役割まで含めて、宣言的に確認したものとは考えにくい。蓋し、「国家の象徴的存在であることと、過去の政治的過誤のゆえに政治責任をになう主体であるということとは、両立しがたい」からである<sup>(24)</sup>。

これに対し創設規定説によると<sup>(25)</sup>、天皇主権から国民主権への主権原理の転換に伴い、明治憲法の神権天皇制と断絶した、日本国憲法に固有の象徴天皇制があらたに創設されたと説かれる。同説の趣旨からすると、新憲法に固有の象徴性の内容や法的地位は憲法の基本原理から導かれよう。しかるに、旧憲法時代の同一人物たる天皇が過去の戦争の責任を負ったままでは、新憲法の理念に相応しい象徴性の獲得は困難である。したがって、同説の立場からは、国民主権・平和主義・人権保障の理念の下で、天皇の戦争責任を承認する国会決議と、これに相応する政府声明という形で表明されるところの「国民の総意」に基づく天皇の生前退位——皇嗣の即位——といった政治手続・過程を経て、天皇の戦争責任が決済されなくてはならない。こうしてはじめて天皇制の生まれ変わり（新生——新たな象徴性の創出）が可能になる筈であった。同様に憲法原理から導かれる象徴天皇制解釈の論理的帰結として、——憲法体系外に超然とあった旧皇室典範と異なり——日本国憲法の下位法たる新皇室典範の第四条の規定も、国民の代表たる国会による改正が求められることになる。ところが現実には、過去の戦争の政治責任を負うべき同じ人物が新憲法の下で「国民統合の象徴」となり、責任を決済することなく死去した。このような認識を欠いたままで、憲法の基本原理に接合したあらたな象徴性の創出は可能だろうか。これまでの創出規定説は、憲法原理に適合的な天皇の象徴性を創出する上で、天皇の戦争責任未決済が障

害になってきたことの自覚が足りなかったのではなかろうか。

脚註

- (1) ドイツでは「86年夏ごろから1年以上にわたって『歴史家論争』が起ったという」(栗屋、田中、広渡、三島、望田、山口『戦争責任・戦後責任』朝日新聞社、1994年、15頁、望田執筆分)。詳しくは、J・ハーバマス、E・ノルテ他、三島憲一他訳『過ぎ去ろうとしない過去—ナチズムとドイツ歴史家論争』人文書院、1995年。またそこでの三島の「解説—ドイツ歴史家論争の背景」も参照(同書241頁以下)。
- (2) 歴史教育の分野での藤岡信勝、西尾幹二らの「自由主義史観」をめぐる論争が代表例であるが、ほかに哲学、思想、文芸評論の分野では後述の加藤典洋と高橋哲也との『世界』(岩波書店)誌上での論争(後掲の基本文献の項を参照)。また、竹田青嗣、橋爪大三郎の『正義・論争・国家論』(径書房、1997)。さらには漫画家の小林よしのり『戦争論』(幻冬社、1998年)をめぐる論争や批判など(これについても『世界』1998年12月号の特集「新『国粹主義』の土壌—なぜ『戦争論』にひかれるのか」を参照)。いまやこの国の歴史修正主義論争は猖獗を極めつつあるかのように見える。
- (3) 戦後補償裁判の現状と争点を簡単にまとめたものとして、別稿「中国人強制連行・強制労働」(大田一男・鳥居喜代和編『北海道と憲法』法律文化社、2000年183—186頁所収)。
- (4) 高橋哲也『戦後責任論』(講談社、1999年)81頁以下。
- (5) 加藤典洋『敗戦後論』(講談社、1997年)5—93頁、同「チャールズ・ケーディスの思想」(同『可能性としての戦後以後』岩波書店、1999年235頁以下所収)。
- (6) 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』(有斐閣、1992年)140頁以下、同『憲法制定権力』(東京大学出版会、1983年)。
- (7) 前註(5)「チャールズ・ケーディスの思想」236頁。
- (8) 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』(岩波書店、1987年)113頁以下。
- (9) 渡辺治『日本国憲法「改正」史』(日本評論社、1987年)32頁以下。
- (10) 前註(6)芦部『憲法学Ⅰ』196—198頁。
- (11) 藤田久一『戦争犯罪とは何か』(岩波書店、1945年)72頁以下。
- (12) 同上90頁以下。
- (13) 同上93頁以下。
- (14) ラートブルフ「人道に対する犯罪をめぐる議論について」(ラートブルフ著作集第5巻『法における人間』東京大学出版会、1962年133頁以下所収)。
- (15) ハンナ・アーレント・大久保和郎訳『イエルサレムのアイヒマン』(みすず書房、1969年)196頁以下。
- (16) 前註(1)『戦争責任・戦後責任』86頁(栗屋憲太郎執筆分)。
- (17) 詳しくは、前註(3)『北海道と憲法』所収の拙稿

参照。

- (18) ラルフ・ジョルダーノ『第二の罪—ドイツ人であることの重荷』(白水社、1990年)。
- (19) 前註(1)『戦争責任・戦後責任』226頁(山口定執筆分)。なお、広渡によると、「戦後責任」とは「戦争への直接的関わりの有無を問わず、戦争を惹き起こした国家の国民として」①戦争責任の追及、②謝罪と補償、③戦争の防止のために何をなすべきか、自らふりかえり、考え行動する責任とした上で、「憲法9条を戦争の放棄と軍勢力の不保持の意味において擁護することが、戦後責任の内容だ」という(広渡清吾「憲法と戦後責任」法律時報67巻6号、1995年、11—12頁)。
- (20 a—b) 前註(11)122—123頁。
- (21) 同趣旨樋口陽一「君主無答責と天皇」ジュリストNo993、1989年、99—100頁。これに対し、山内敏弘は明治憲法の下での天皇の戦争責任を問い得るとする(横田耕一、江橋崇編『象徴天皇制の構造』日本評論社、1990年、248—249頁所収)。
- (22) 米倉明「Z先生への手紙」『世界』(岩波書店)1989年2月号85頁。
- (23) 例えば、宮沢俊義『日本国憲法(コンメンタール)』55頁以下。
- (24) 奥平康弘「日本国憲法と『内なる天皇制』」『世界』1989年1月号129頁。
- (25) 例えば、景山日出弥「天皇の象徴性」芦部、池田、杉原編『演習憲法』青林書院新社、1973年55頁以下。

以上のほかに基本文献として次のものを参考にした。  
 ○細谷千博他編『国際シンポジウム東京裁判を問う』(講談社、1989年)、○大沼保昭『東京裁判から戦後責任の思想へ』(東信堂、1993年)、○日本弁護士連合会編『日本の戦後補償』(明石書店、1994年)、○加藤典洋・西谷修対談「世界戦争のトラウマと『日本人』」(『世界』1995年8月号)、○高橋哲也・徐京植対談「断絶の世紀、証言の時代」(『世界』1999年5月号—10月号)、○「白書・日本の戦争責任」(『世界』1994年2月号)、○カール・ヤスパース・橋本文夫訳『戦争の罪を問う』(平凡社、1998年)ほか。

Legal Principles of War and Post-War Responsibility  
in the Japanese Constitutional Laws

Tosikazu CHO \*

Abstract

Used terms in this paper, war and post-war responsibility must be understood as both legal (especially criminal) and political responsibility that is founded by general and new war crimes, "crime against peace", "crime against humanity" in the international law, on the other hand that gives a base to reparation between states, compensation to individuals and punishment of war criminals. At once, it is problem of post-war responsibility, too, that asks how not only generations under World War II, but also post-war generations under the constitutional law of Japan confront the past war responsibility. This paper tries to give legal and constitutional law theory to the argument of war and post-war responsibility through legal principles in the constitutional laws of Japan.

Keywords : war responsibility, post-war responsibility, war crimes ,legal (constitutional laws) principles

\* common subject division

---